



Centro Universitário de Brasília - UniCeub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LUCAS PINHEIRO MADUREIRA

O tombamento como instrumento de concretização da função social da propriedade

Brasília
2015

LUCAS PINHEIRO MADUREIRA

**O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE
CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias.

Brasília
2015

LUCAS PINHEIRO MADUREIRA

**O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE
CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCeub como
parte dos requisitos para obtenção do
título de Bacharelado em Direito.

Data do depósito: 10 de abril de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Júlio César Lérias
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico esta monografia a todos os meus familiares, em especial ao falecido irmão Breno pela eterna amizade e pelas maravilhosas lembranças que o mantém vivo em meu coração e que me inspira diariamente.

Agradecimento

Agradeço a Deus por sua presença em minha vida, em especial, aos meus pais, bem como às pessoas que sempre estiveram ao meu lado e que me motivaram a nunca desistir de meus sonhos. Agradeço ainda ao professor e orientador Júlio César Lérias pela inestimável contribuição em minha vida acadêmica.

Resumo

Pesquisa desenvolvida no âmbito do Direito Civil e do Direito Administrativo. Pretende-se, dentre outros aspectos, traçar um olhar reflexivo sobre o conflito entre o direito de propriedade e a limitação acarretada pelo instituto do tombamento. O objetivo central do trabalho monográfico se fundamenta na hipótese de que o tombamento seja entendido como um instrumento de efetivação da função social desde que respeitados as garantias e o devido processo legal do ato. É notório que, a propriedade, mesmo considerada um direito fundamental do homem, vem perdendo seu caráter absoluto e intangível para cumprir seu papel social e atender às necessidades e aos interesses de ordem pública. Desse modo, o tombamento tem especial importância para cumprimento da função social da propriedade, uma vez que tem por escopo a preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, turístico, arqueológico, científico e paisagístico. Todavia, apesar de tal instituto se fundar em uma razão legítima, quaisquer restrições ao direito de propriedade só poderão ser levados em consideração quando decorrentes da própria Constituição Federal, que impõe limites ao poder do Estado que deve perseguir a satisfação do interesse público sem contudo ferir as garantias individuais bem como o procedimento administrativo definido em lei.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Intervenção estatal. Tombamento. Função social.

Sumário

Introdução	7
1 A Propriedade e o Tombamento	10
1.1 Direito de Propriedade - Generalidades	10
1.2 Limitações ao Direito de Propriedade	18
1.3 Tombamento	23
2 Tombamento e o Ordenamento Jurídico	28
2.1 Tombamento e a Constituição Federal de 1988	28
2.2 Tombamento: Código Civil de 2002 e Estatuto da Cidade	32
2.3 Tombamento no Decreto-Lei 25/1937	36
2.4 Tombamento na Lei Orgânica do Distrito Federal	43
3 Jurisprudência.....	47
3.1 Jurisprudência favorável ao tombamento como instrumento de concretização da função social da propriedade	47
3.2 Jurisprudência desfavorável ao tombamento como instrumento de concretização da função social da propriedade	53
Conclusão	57
Referências	59

Introdução

A pesquisa visa a discorrer acerca do direito de propriedade, tido como um direito fundamental amparado na Constituição Federal, frente à intervenção do Estado que busca promover o interesse público, o bem comum. Nesse contexto, surge a abordagem do instituto do Tombamento como uma espécie de interferência estatal em tal direito.

Considerando que a propriedade privada tem importância relevante na vida do homem, fazendo parte de sua própria existência e liberdade, despertou-se o interesse pela reflexão das consequências de sua limitação por meio do instituto do tombamento. Não há dúvidas de que o direito de propriedade passou e ainda vem passando por diversas mudanças em sua concepção e em seu exercício. Busca-se atualmente operá-lo de forma mais social, isto é, não se pode por meio de seu uso, causar danos ou até mesmo riscos aos interesses coletivos. Emerge então o Estado, dotado de supremacia, para balizar esse direito intervindo de forma preventiva ou até mesmo retirando a propriedade do particular, como acontece na desapropriação.

O tema proposto tem grande relevância, visto ter como objeto um direito fundamental disposto na Carta Magna em seu 5º artigo, logo, é objeto que deve ser analisado de forma delicada e minuciosa, atitude esta que deve partir não só de qualquer indivíduo como do próprio Estado, devendo este em nenhuma hipótese praticar atos ilegais que afrontem a garantia de propriedade a qualquer pessoa.

Ao mesmo tempo, não pode esta entidade, dotada de superioridade e poder em relação à sociedade, consentir que atitudes individualistas e, por vezes, egoístas dos particulares lesem o interesse social, isto é, o interesse da coletividade.

Desse modo, o tema instiga a seguinte questão central: é possível atingir a função social por meio do tombamento sem limitar excessivamente o direito de propriedade? Ou seja, tem como haver uma ponderação no conflito entre o interesse público e o particular? A hipótese desta monografia responde afirmativamente ao problema proposto conforme se verificará nos capítulos do texto.

Alicerçada nessa problemática entre um direito fundamental e a intervenção estatal, a pesquisa em epígrafe inicialmente traça as considerações gerais acerca do direito de propriedade, discorrendo sobre o seu uso condicionado à função social, estabelecendo as prerrogativas e as obrigações do titular, bem como as formas de aquisição e perda de tal direito.

Em seguida, discorre sobre a intervenção do Estado na propriedade privada, base crucial do conflito entre o interesse público e o privado, uma vez que as prerrogativas da Administração Pública em face dos direitos dos administrados, nesses termos, encontram-se em polos diferentes. Dessa maneira, estão dispostos os aspectos referentes ao instituto do tombamento, tendo em vista que sua finalidade essencial é a proteção do patrimônio histórico, cultural, ambiental, ou seja, proteger bens sejam eles imóveis e até mesmo móveis que tenham um relevante valor para a sociedade.

O segundo capítulo está reservado ao estudo do direito de propriedade e o instituto do tombamento observadas as disposições contidas no ordenamento jurídico, destacando suas noções gerais no que se referem ao conceito, efeitos, objetos, procedimentos, competência para legislar e promover o ato administrativo e os pressupostos constitucionais.

Por fim, o derradeiro capítulo traz como destaque o estudo da jurisprudência pertinente, observando a posição que vem sendo predominante nos juízos e tribunais na análise do confronto entre o interesse particular e o interesse público nos casos concretos.

Cabe esclarecer que a discussão não tem o propósito de afastar o poder de intervenção na propriedade dos domínios do Estado, o que de plano seria um absurdo, pois a mesma se consolida em causas nobres e legítimas, mas enfatizar que, os atos do Poder Público exigem estrita submissão à legalidade, como princípio basilar ao atendimento do interesse público, do progresso e dos direitos dos cidadãos. O objetivo principal é destacar a importância do tombamento como instituto fundamental da efetivação da função social sem ferir as garantias essenciais do proprietário do bem tombado.

Cumprir informar que a metodologia utilizada para elaboração deste trabalho monográfico se dá através da pesquisa bibliográfica e documental.

1 – A Propriedade e o Tombamento

Neste capítulo serão traçadas as considerações gerais acerca do direito de propriedade, discorrendo sobre o seu uso condicionado à função social, estabelecendo as prerrogativas e as obrigações do titular, bem como as formas de aquisição e perda de tal direito. Em seguida, estão dispostos os aspectos referentes ao instituto do tombamento, tendo em vista que sua finalidade essencial é a proteção do patrimônio histórico, cultural, ambiental, ou seja, proteger bens sejam eles imóveis e até mesmo móveis que tenham um relevante valor para a sociedade.

1.1 – Direito de Propriedade - Generalidades

Este trabalho versa sobre o direito de propriedade sobre bem imóvel. Não serão abordados nesta pesquisa outros objetos de propriedade; tais como: bem móvel e direitos autorais. No entanto, cabem tecidas considerações gerais sobre o direito de propriedade que, por óbvio, serão voltadas à propriedade sobre bem imóvel suscetível de intervenção estatal, tombamento.

Propriedade deriva do latim *proprietas*, que significa a qualidade daquilo que é próprio, daquilo que pertence por direito a alguém, conferindo-lhe o direito de uso e gozo da forma que melhor lhe convenha, é dessa ideia que também advém a noção de posse. Trata-se do direito real por excelência, o mais amplo sobre o qual circundam o direito das coisas. De antemão, através da plenitude de tal direito, se verifica a distinção dos demais, denominados direitos reais limitados.¹

Para Carlos Roberto Gonçalves, existe uma dificuldade em conceituar a propriedade. Conforme ele descreve, no próprio Código não há uma definição exata acerca do tema. Em sua obra, o autor cita como referência as palavras de Caio Mario em “a propriedade mais se sente do que se define.”²

Apesar desta árdua tarefa, Gonçalves não deixa de conceituar a propriedade, sendo esta como “poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 60.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva 2013. v. 5. P. 229

um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.”³

Por sua vez, Arnold Wald melhor a define como a senhoria de um sujeito de direito sobre determinada coisa, garantida pela exclusão da ingerência alheia.⁴

A corrente doutrinária mais sólida a respeito da legitimidade da propriedade “é a teoria da natureza humana, segundo a qual a propriedade é inerente à natureza humana, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade.” Baseada nessa teoria, Maria Helena afirma que o fato que leva o homem a apropriar-se de bens, seja para saciar sua fome, seja para satisfazer suas necessidades de ordem física e moral, é o instinto de conservação. A propriedade surge, então, para atender as necessidades do homem e de sua família, portanto, justifica-se plenamente sua existência jurídica.⁵

Superada a abordagem conceitual da propriedade, cumpre reportar todos os aspectos que gravitam em torno do direito de propriedade.

No título III do Código Civil, o artigo 1.228 dispõe das faculdades inerentes ao direito de propriedade, *in verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Partindo dessa premissa, quanto ao uso - *Jus Utendi* - consiste no direito de servir-se da coisa, isto é, a faculdade do dono de utilizar-se da propriedade, levando em consideração suas finalidades econômicas e sociais, ou seja, sua função social. O uso direto é aquele exercido pelo proprietário. Uso indireto, o proprietário deixa em poder de alguém sobre seu comando (servidor da posse).⁶

Importante ainda destacar que a faculdade supramencionada não se extingue pelo seu não exercício.

O direito de gozar – *Jus Fruendi* – refere-se à exploração da coisa mediante a extração de frutos e produtos. Este será direto quando o proprietário colher os frutos naturais e industriais (resultantes da transformação do homem sobre a coisa). Será

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva 2013. v. 5. P. 229

⁴ WALD, Arnold. *Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 105

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 103.

⁶ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 20

indireto quando o proprietário perceber os frutos civis sendo estes oriundos da utilização da coisa por outrem.⁷

Já o direito de dispor – *Jus Abutendi* – o termo em latim não tem a conotação do direito de abusar. A faculdade de dispor define-se como alteração à própria substância da coisa, sendo esta disposição material ou jurídica. A primeira se refere a atos como a destruição do bem e seu abandono, ou seja, o proprietário pratica atos físicos que importam em perda a propriedade. Já a segunda poderá ser de caráter total ou parcial. Total, quando o proprietário praticar a alienação, importando em mutação subjetiva do direito real. Esta alienação pode ser onerosa ou gratuita. A disposição parcial consiste na instituição de ônus reais sobre o bem, isto é, instituir um gravame sobre este.⁸

De nada serviria as faculdades anteriormente tratadas se o proprietário não pudesse reivindicar a coisa. Sendo assim, o direito de reivindicar consiste na atividade de excluir terceiros que indevidamente possuam ou detenham a propriedade. Para tanto, existe meios processuais de reaver a coisa. Trata-se da ação reivindicatória. Tal ação compete ao senhor da coisa e advém do princípio do direito de seqüela, que é o direito de perseguir a coisa de quem quer que a possua injustamente. Logo, só é válida para a posse ilegal, sem título. Este direito processual é imprescritível, ou seja, é perpétuo e somente se extingue nos casos expressos em lei. Vale destacar que não há necessidade de que a posse seja injusta (violenta, clandestina ou precária) sendo totalmente legítima a ação supramencionada nos casos de posse obtida pacificamente.⁹

Ainda sobre a ação reivindicatória, tem se admitido a legitimidade do promissário comprador, que pagou todas as prestações, de ajuizá-la, mesmo lhe faltando a outorga da escritura definitiva, em face de terceiros que estejam ocupando o imóvel. Não há que se obstar tal direito em virtude da carência de mera formalidade.¹⁰

Nestes termos, concluídos os aspectos processuais sobre o tema em questão, é válido dispor acerca dos caracteres da propriedade. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário. Diz-se da propriedade plena

⁷ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 20

⁸ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 21

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva 2013. v. 5. P. 231

¹⁰ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 23

aquela em que se reúne em um só sujeito todos os direitos inerentes a ela, sendo eles o direito de usar, gozar, dispor e reavê-la. Havendo o desdobramento de tais direitos, passa a propriedade a ser limitada. Contudo, não quer dizer que o proprietário em sua plenitude tem direitos ilimitados sobre a coisa. Há de se levar em consideração a sua função social que deve ser preservada visto ser objeto de tutela da própria Carta Magna.¹¹

A propriedade deve também ser exclusiva, isto é, somente uma pessoa tem direitos sobre a coisa e exclui-se, portanto, o direito de outro sobre a mesma coisa. Tal ideia não choca com o conceito de condomínio, pois cada condômino é titular exclusivo de sua parte ideal.¹²

A propriedade é ainda perpétua logo que não se extingue os direitos sobre ela pelo não uso desta. Só haverá a perda da propriedade nos casos expressos em lei, transmitindo por direito hereditário aos sucessores do proprietário.¹³

A propriedade pode ser adquirida pelos modos previstos em lei: registro, usucapião, acessão. A aquisição da propriedade no direito brasileiro decorre de ato complexo. Primeiro deve ser feito o título e depois o modo aquisitivo.

Para Nelson Rosendal, o registro nada mais é que uma tradição solene que demanda a formalidade do processamento perante o ofício imobiliário, sendo insuficiente a subscrição do título ou mera entrega da coisa ao adquirente.¹⁴

Portanto, não basta o contrato do negócio jurídico, é necessário o registro do bem para que possa produzir os efeitos jurídicos transmitindo a propriedade do alienante ao adquirente. Nasce assim para este último todas as garantias inerentes ao direito de propriedade como a oponibilidade *erga omnes*, a sequência e o direito de preferência.¹⁵

Cumprido destacar que o registro confere ao legítimo proprietário uma segurança jurídica em relação a seu direito, entretanto, não há que se dizer que isso leve a uma presunção absoluta de propriedade. Para isso, o registro possui duas características extremamente importantes que são a vinculação do modo ao título e a relatividade da presunção de propriedade. A primeira indica que o registro está condicionado ao conteúdo do título de forma que qualquer vício existente neste,

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2013. v. 5. P. 242

¹² ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 23

¹³ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 24

¹⁴ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 44

¹⁵ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 46

contamina também o registro. A segunda característica nega o caráter absoluto da presunção de propriedade pelo registro, isto é, pode este não exprimir a verdadeira realidade devendo o prejudicado invalidá-lo.¹⁶

Ademais, o registro possui atributos próprios. O primeiro deles se refere à constitutividade, ou seja, o registro constitui um direito sendo este a transmissão da propriedade produzindo efeitos *ex nunc*.¹⁷

Outro atributo é o da prioridade ou preferência, isto é, a proteção dada àquele que registra o título constitutivo primeiro. Portanto, mesmo que determinada pessoa aliene determinado bem a mais de uma pessoa, a primeira que registrar terá a propriedade sobre este, restando a outra apenas a ação indenizatória contra o alienante.¹⁸

O registro tem ainda como atributo a sua força probante, nada mais é que a presunção, ainda que relativa, de propriedade produzindo todos os efeitos jurídicos enquanto não provado o contrário.¹⁹

O atributo da continuidade determina que conter-se-á no registro um perfeito encadeamento de todos os atos praticados sobre o bem, logo, em caso de alienação para que o adquirente possa efetuar o registro, é necessário verificar se o alienante já tenha figurado neste como proprietário.²⁰

O registro é também público, tendo como escopo tornar conhecida a toda a sociedade a certidão alusiva do registro. O título deve ser público e não sigiloso.²¹

A legalidade confere ao registro a sua regularidade formal. Portanto, as informações contidas no título devem ser compatibilizadas com o registro. Havendo qualquer ilegalidade no título, cabe ao particular suscitá-la ao magistrado para que este possa se manifestar determinando se existe mesmo irregularidade no título a ser sanada ou obrigando oficial do registro a registrá-lo.²²

Por fim, o atributo da especialidade indica a necessidade do imóvel estar precisamente descrito no registro. O registro recairá sobre um bem específico e não sobre uma universalidade de coisas.²³

¹⁶ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 47

¹⁷ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 48

¹⁸ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 49

¹⁹ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 50

²⁰ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 53

²¹ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 54

²² ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 54

²³ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 56

Seguindo o tema da aquisição da propriedade, outra modalidade dá-se mediante usucapião. Trata-se de meio originário de aquisição da propriedade imóvel em que se confere a determinada pessoa o direito sobre a coisa através da posse pacífica e contínua por determinado lapso temporal em detrimento do real proprietário que não faz jus ao seu direito de propriedade.

Para a concretização da usucapião e, conseqüentemente, aquisição da propriedade imóvel é necessário que se verifique pelo menos a existência de três requisitos: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*.

O tempo tem caráter fundamental na conversão da posse em propriedade. Para que o possuidor possa adquirir a propriedade de determinado imóvel é necessário o decurso de determinado lapso temporal. Atualmente os prazos para usucapião variam entre 15 anos (usucapião extraordinário) a 02 anos (usucapião familiar) de posse, não necessariamente ser essa a ocupação efetiva do imóvel, ou seja, pode ser exercida por terceiros, desde que, o usucapiente exerça poder sobre o bem como proprietário fosse.²⁴

O segundo requisito do usucapião é a posse que deve ser mansa, pacífica e contínua. Tais características conferem a ela um exercício ininterrupto e sem oposição. Logo, não é legítimo como forma de usucapir a posse adquirida de modos clandestinos, violentos e precários.²⁵

Rosenvald distingue duas causas de interrupção da posse, a interrupção natural e a interrupção civil. A primeira ocorre quando o proprietário inconformado, utiliza-se de seus próprios poderes e de maneira arbitrária para cessar a posse. Já a segunda, verifica-se quando o legítimo proprietário se utiliza dos meios judiciais para se opor à posse e paralisar o curso do prazo prescricional.²⁶

Por último, *animus domini* é o elemento subjetivo e pode ser definido como a vontade de possuir. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o *animus* é a intenção de proceder com a coisa como faz normalmente o proprietário. Sendo assim, o possuidor deve agir e ser conhecido como se proprietário fosse do imóvel. Aquele que detém a coisa, sabendo que esta pertence a outrem, não é o possuidor e sim mero detentor.²⁷

²⁴ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 66

²⁵ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 69

²⁶ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 69

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 51

Atualmente a legislação dispõe acerca de seis espécies de usucapião, variando de 15 anos a 2 anos, são eles: usucapião extraordinário, ordinário, *Pro Labore* (Rural), *Pro Habitatio* (Urbano), coletivo, familiar. O primeiro e o último representam respectivamente o máximo (15 anos) e o mínimo (2 anos) de posse necessária para usucapir.

Concluídas as considerações acerca da usucapião, outro modo de aquisição da propriedade imobiliária se dá através da acessão. Venosa define a acessão da seguinte forma:

No sentido mais amplo, significa aumento da coisa objeto de propriedade. Cuida-se, como mencionado, de forma originária de aquisição da propriedade. O termo também tem a noção de acessório. A questão jurídica igualmente tem em mira uma coisa principal. Pelo princípio, passa a pertencer ao dono da coisa principal o que se adere a ela. Obedece-se à regra geral segundo o qual o acessório segue o principal.²⁸

O Código Civil determina as formas e todos os aspectos jurídicos inerentes à acessão. No caso de bens imóveis, dar-se-á através de formação de ilhas, aluvião, avulsão, abandono de álveo e por plantações e construções.

Assim como modos de aquisição da propriedade, a legislação estabelece as formas em que a perda desta, podendo ocorrer de maneira voluntária por parte do proprietário ou até mesmo involuntária como é o caso do perecimento da coisa e da desapropriação que tem por escopo interesse e necessidade pública e função social.²⁹

O direito brasileiro estabelece cinco modalidades de perda da propriedade, são elas: alienação, renúncia, abandono, perecimento da coisa, desapropriação.

Os três primeiros decorrem de uma atitude espontânea por parte do proprietário. Cumpre destacar que a alienação é um ato bilateral que pode ser realizado a título gratuito ou oneroso e que, como já visto, só transfere a propriedade a outrem após a tradição no caso de bem móveis e, por registro na hipótese de bens imóveis. Já a renúncia e o abandono são atos unilaterais. Aquela uma rejeição da coisa pelo proprietário e o abandono remete ao desinteresse ao bem.³⁰

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 198

²⁹ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 114

³⁰ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 114

Os dois últimos modos de perda da propriedade ocorrem de maneira involuntária. O perecimento da coisa ocorre quando o objeto perde as suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico. Desta forma, terá perecido o direito quando perecer o seu objeto.³¹

A desapropriação merece maior relevância, uma vez que se trata de uma modalidade de intervenção do Estado que busca atender aos interesses sociais ou à utilidade pública. Ocorre de maneira involuntária por parte do legítimo proprietário, cujo direito se restringe apenas à justa e prévia indenização. Logo, há uma transferência do domínio sobre a coisa, que passa do antigo proprietário ao poder público.

É um instituto que difere da regra geral da propriedade, já que a característica da perpetuidade é afastada. Trata-se de um modo de exercício do poder de império, ou melhor, supremacia do Estado.³²

A desapropriação pode ser classificada em diferentes subespécies. Poderá ser amigável ou judicial. A primeira ocorre quando o proprietário concorda com a medida e com o valor atribuído a seu bem a título de indenização. Já a desapropriação judicial ocorre de modo contencioso, isto é, o expropriado não concorda com o valor da indenização.³³

Quanto aos fundamentos da desapropriação, pode ser por interesse social, utilidade pública, reforma agrária, ou até por descumprimento da função social da propriedade.³⁴

Cumprе sobrelevar que o ato de desapropriar cabe unicamente à União, Estados, Município e o Distrito Federal, devendo ser precedida de um Decreto Expropriatório. O processo todo é dividido em duas fases, a primeira compreendida como de natureza declaratória, visto que, é identificado o fundamento do ato. A segunda fase tem natureza executória onde é avaliado o bem para fins de arbitramento de justa indenização e posterior transferência do bem ao domínio do Poder Público.³⁵

É válido salientar que não há perda da propriedade pelo seu não uso porque a perpetuidade é atributo inerente a ela, isto é, ela tem duração ilimitada

³¹ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 120

³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 369

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 370

³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 370

³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 371

independente do exercício de seu titular.

Apesar do atributo da perpetuidade conferida à propriedade, o direito brasileiro positivou hipótese em que a esta tem duração limitada, subordinada a um acontecimento futuro, certo ou incerto que, no entanto, deve estar previsto no título constitutivo. Refere-se à modalidade de propriedade resolúvel e *ad tempus*.³⁶

Nesses tipos de propriedade o titular possui todas as faculdades inerentes ao seu direito, todavia, ocorrendo o fato extintivo, resolve todos os poderes que ele tinha sobre o bem.³⁷

Diferentemente da propriedade *ad tempus*, a propriedade resolúvel prevê a ocorrência de evento futuro, porém certo, ou seja, é um direito que já possui termo final. A propriedade *ad tempus*, no entanto é potencialmente limitada dependendo de acontecimento eventual.³⁸

1.2 – Limitações ao Direito de Propriedade

O direito de propriedade, concebido como é na atualidade, passou por diversas mudanças, ou melhor, rupturas em sua história que o levaram de uma concepção individualista a uma concepção cada vez mais social.

Para uma maior clareza, impende tratar do direito de propriedade inserido no Estado Liberal. Sendo assim, influenciado pelos ideais de liberdade a propriedade, desde os tempos do Império Romano, era considerado um direito pleno, individual, inviolável e essencial a natureza humana. A visão predominante na época era que o homem tem poder absoluto sobre seus bens podendo fazer deles o que bem entender. Nas palavras de Orlando Gomes, o direito do proprietário era levado a condição de direito natural em pé de igualdade com as liberdades fundamentais.³⁹

Portanto, preponderava a liberdade plena do proprietário, não devendo de forma alguma ser restringida pelo Estado. Essa visão pendurou até a 1ª Guerra Mundial.

A partir desse marco, o Estado Liberal, conservador e não intervencionista, deu espaço a um Estado mais assistencialista e extremamente preocupado com os valores sociais. Esta nova filosofia rapidamente contaminou o direito de propriedade,

³⁶ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 123

³⁷ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 124

³⁸ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 124

³⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 115

limitando-o ao interesse da coletividade. O Estado passou a intervir excessivamente no direito de propriedade para garantir o seu bom uso e o proprietário deveria contribuir para a evolução da sociedade. Nasce então percepção do direito de propriedade condicionado a sua função social.⁴⁰

É válido salientar, no entanto, que não deve ser confundido como um ideal inspirado no socialismo como é equivocadamente difundido. Esta visão é a que pendura atualmente.⁴¹

Desse modo, o direito de propriedade caminha cada vez mais para uma mitigação dos poderes inerentes ao uso. Destarte, cumpre determinar as formas e fundamentos das limitações referentes à propriedade.

Primeiramente, é relevante destacar que as limitações inseridas no direito de propriedade decorrem da lei, dos princípios gerais de direito ou até mesmo do próprio titular da coisa, são as chamadas limitações voluntárias.

No tocante as limitações legais, Orlando Gomes dispõe que tais restrições têm como fundamento o interesse público, social ou coletivo, de um lado e, do outro, o interesse de outros proprietários considerados em função da necessidade social de coexistência pacífica.⁴²

Ocorre uma limitação de natureza administrativa referente às intervenções que buscam a satisfação do interesse público de forma unilateral, e ainda de natureza cível logo que se impõe restrições que tem por escopo a implementação da vida social harmônica e ordenada.⁴³

A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade a todas as pessoas, todavia ela estabelece que deve este atender a função social. Surge nesses termos, a pergunta: o que vem a ser essa função social? Conforme exposto, a propriedade inicialmente teve uma concepção extremamente individualista e por vezes até egoísta.

O direito de propriedade tinha na antiguidade um caráter extremamente individualista. A propriedade era exercida como um direito quase absoluto.⁴⁴

Na atualidade tem-se verificado a necessidade de se limitar e se restringir

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 124

⁴¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 125

⁴² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 144

⁴³ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 144

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva 2013. v. 5. P. 244

esse direito impedindo que, quem o detenha não o use indiscriminadamente. Os Estados têm condicionado o direito de propriedade à função social e ao interesse da coletividade.

A aceção de propriedade como um direito absoluto tem sido cada vez mais limitada em respeito aos interesses da sociedade, da coletividade.

Para um melhor entendimento, é válido descrever as lições de Orlando Gomes acerca do tema em referência:

Não define propriamente a locução *função social* nem estabelece limitações ao direito do proprietário, que o comprimam. Traça o comportamento regular do proprietário, exigindo que exerça o seu direito numa dimensão na qual realize interesses sociais sem a eliminação do domínio privado do bem que lhe assegura as faculdades de uso, gozo, e disposição. Esse comportamento não implica o cumprimento de obrigações positivas, nem determina limitações ao direito sob forma negativa, devendo tê-lo também os possuidores que não sejam proprietários. É, em síntese, um parâmetro do exercício do direito de propriedade.⁴⁵

Surge um novo entendimento do direito de propriedade que, ainda inserido como um direito subjetivo e individual, deve ser utilizado pelo seu titular sem impor à sociedade encargo ou sacrifícios. O Estado de intervenção mínima na propriedade, passou a interferir diretamente de modo a impedir o seu exercício abusivo submetendo-a aos interesses sociais.⁴⁶

Importante mencionar que se a propriedade não atende a sua função social fica suscetível de ser desapropriada. Acerca do tema, Guilherme Calmon parafraseia em sua obra entendimento de Carlos Frederico Maré afirmando que a propriedade que não cumpre sua função social está desprotegida ou “simplesmente propriedade não é”.⁴⁷

Todavia não quer dizer que o direito de propriedade deixou de ser um direito da órbita privada e atuando como um direito público. A função social traça um

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 130

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 228

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 232

comportamento mínimo do proprietário garantindo a perpetuidade e exclusividade de seu direito, porém harmonizando os interesses pessoais aos interesses coletivos.⁴⁸

Influenciado por essa nova concepção, o Código Civil de 2002 determina uma série de imposições que devem ser respeitadas, como a preservação da fauna, da flora, das belezas naturais do patrimônio histórico e artístico.⁴⁹

Outro modo de limitação legal se dá através do direito de vizinhança. Nada mais são que imposições aos poderes do proprietário conciliando seus interesses ao de seus vizinhos de forma a tornar efetiva a convivência harmônica entre estes.⁵⁰

O escopo do direito de vizinhança é solucionar os conflitos entre proprietários de prédios vizinhos. Determina a abstenção de certos atos que sujeitam o proprietário a limitações em seu domínio sobre a coisa.⁵¹

O conflito de vizinhança têm os seguintes requisitos: o ato do possuidor de um imóvel que repercute em outro, prejuízo ou incômodo sofrido pelo possuidor de prédio vizinho em consequência do ato, nexo causal entre o ato e o dano.⁵²

Os direitos de vizinhança podem ser classificados em onerosos quando a lesão implica em dever de o proprietário indenizar o vizinho e, gratuito quando não há essa obrigação. Podem ser agrupados ainda em direitos decorrentes de interesse público ou privado.⁵³

Importante destacar que a matéria referente aos direitos de vizinhança é influenciada pelo princípio da proibição do uso nocivo da propriedade reprimindo atos que acometam a harmonia e paz social, mesmo aqueles decorrentes do exercício regular do direito de propriedade, desde que praticados em elevado grau de intolerabilidade.⁵⁴

Outra maneira de intervenção legal ao direito de propriedade, de natureza administrativa, ocorre pelo instituto da desapropriação. Tema anteriormente tratado, tem caráter excepcional uma vez que ocorre a perda da propriedade e não uma limitação propriamente dita. O instituto da requisição tem amplas semelhanças com a desapropriação, no entanto, distingue por ter um caráter temporal, isto é, ocorre a privação temporária da propriedade pelo Estado. Trata-se de um típico modo de

⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 232

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva 2013. v. 5. P. 244

⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 426

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 426

⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 427

⁵³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 429

⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. P. 429

limitação ao direito do titular do bem.

Portanto, o direito de propriedade pode sofrer diversas limitações decorrentes da lei e ainda sobre uma infinidade de fundamentos que tem como núcleo o interesse público ou social.

Seguindo o tema das limitações, conforme anteriormente mencionado, estas podem decorrer também de princípios gerais de direito subjetivos mais conhecidas como limitações judiciais.

Dentre tais princípios, destaca-se o do uso normal da propriedade. Busca-se com ele evitar os abusos decorrentes de atitudes de proprietários, atitudes estas que muitas vezes não lhe trazem proveito nenhum.

Este princípio encontra fundamentos na teoria dos abuso do direito, impondo aos proprietários limitações de caráter geral. Orlando Gomes assevera que o direito de vizinhança é onde a teoria do abuso de direito encontra maior possibilidade de desenvolvimento, pois se diz, com razão que a propriedade é o direito subjetivo mais exposto a exercício anormal.⁵⁵

As limitações ao direito de propriedade podem ainda decorrer da própria vontade do proprietário. É comum que o titular de determinado bem possa dispor parte de suas faculdades a outrem, no entanto apresenta maior relevo as situações onde a limitação recai sobre o poder de disposição da coisa pelo proprietário.⁵⁶

Um exemplo típico da situação retromencionada se dá quando o proprietário, em testamento, condiciona a transmissão da herança a determinado acontecimento ou ao cumprimento de determinada obrigação pelo herdeiro ou legatário.⁵⁷

Essas limitações voluntárias podem recair ainda em doações, constituições de renda e contratos de compra e venda. Porém, é importante destacar a cláusula da inalienabilidade. Tal medida tem por escopo coibir que determinado bem seja alienado impedindo assim a sua circulação e, conseqüentemente, ter sua propriedade mantida. No direito brasileiro esta disposição deve respeitar dois requisitos, são eles: a cláusula deve ser estipulada no título que serve de causa à transmissão do bem e deve ainda esta transmissão ocorrer a título gratuito.⁵⁸

Não pode ainda ser perpétua, devendo portanto ter um lapso temporal certo. Pode-se, no máximo, ser vitalícia, isto é, encerra-se com a morte do proprietário.

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 149

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 150

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 151

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 152

Como consequência dessa limitação, o bem se torna incomunicável e impenhorável. O primeiro diz respeito ao domínio exclusivo do proprietário não existindo a possibilidade do imóvel ser dividido entre os cônjuges em caso de separação. A impenhorabilidade advém da impossibilidade de o bem ser penhorado em decorrência de uma execução.⁵⁹

1.3 – Tombamento

É irrefutável que o direito de propriedade sofre inúmeras limitações que estão previstas no direito brasileiro conforme foi explanado no capítulo anterior e que, de algum modo tais restrições implicam no exercício pleno do direito em referência.

Dentre esses modos de limitação, destacam-se aqui, aquelas que decorrem de atos administrativos impostos pelo Poder Público para a satisfação de seu próprio interesse. Em vista disso, verifica-se uma mudança de postura do Estado que deixou de abster-se em matéria do direito de propriedade e passou a intervir de forma notória.

Dentre estas intervenções, uma em especial, será analisada em todos seus aspectos tanto positivos como negativos. Trata-se do instituto do tombamento.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o tombamento pode ser conceituado como:

O tombamento pode ser definido como procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.⁶⁰

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino reafirmam tal acepção, concluindo que o instituto do tombamento faz parte das intervenções restritivas em que o Poder Público busca através dele proteger o patrimônio histórico, artístico, cultural, turístico, arqueológico, científico e paisagístico. Pode ocorrer em bens móveis, no entanto, é mais comum em bens imóveis como edificações, bairros e até mesmo

⁵⁹GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 154

⁶⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 147

idades.⁶¹

Dessarte, não há dúvidas que o tombamento se insere perfeitamente como uma intervenção administrativa que limita o exercício pleno do direito de propriedade. É válido destacar que fora as restrições externas já discorridas anteriormente, o bem tombado se submete a um novo regime jurídico que retém mais ainda o exercício de tal direito.

Sobre essa nova realidade que o bem se encontra, importante ponderar acerca das características, modos, procedimento e efeitos decorrentes da referida interferência administrativa.

Neste contexto, o bem tombado sofre uma restrição parcial não sujeitando o seu proprietário a imposições que o impeça de exercer seu domínio sobre a coisa. Percebendo que o tombamento de determinado imóvel possa implicar ao titular uma restrição total de seu direito, cabe ao Poder Público desapropriar o bem garantindo ao desapropriado justa indenização.⁶²

Ressalta-se também que o tombamento é um procedimento administrativo que não se realiza em apenas um ato, pelo contrário, depende da contretização de uma série deles convergindo a um fim que é a inscrição do bem no Livro de Tombo.⁶³

Quanto às espécies de tombamento, no que se refere à constituição ou ao procedimento, este pode ser voluntário, isto é, ocorre quando o próprio proprietário concorda ou até mesmo formula pedido à Administração, ou compulsório que surge como uma hipótese em que o Poder Público se utiliza de sua supremacia para impor o tombamento diante da resistência do particular.⁶⁴

Existe ainda uma outra espécie de tombamento, levando em conta o seu procedimento, que é o realizado de ofício. Este só acontece quando o bem, objeto da pretensão de tombamento, é de propriedade de algum ente público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) necessitando apenas de uma notificação à entidade, suficiente para a produção de efeitos.⁶⁵

O tombamento pode ser também provisório ou definitivo. O primeiro ocorre

⁶¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1016

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 147

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 147

⁶⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1017

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P.148

quando o processo de tombamento ainda está em curso e o segundo quando já está concluído e o bem inscrito como tombado no respectivo registro. O tombamento provisório produz os mesmos efeitos do tombamento definitivo, salvo quanto a transcrição no Registro de Imóveis.⁶⁶

Existe ainda uma outra classificação, quanto aos destinatários, em que é possível o tombamento individual que recai apenas sobre um bem determinado e o tombamento geral que atinge todos os bens de um bairro.⁶⁷

O tombamento é uma intervenção do Estado na propriedade devendo obedecer ao devido processo legal como ocorre via de regra nas demais intervenções. Ocorre todo um processo administrativo onde será analisado se determinado bem é suscetível de ser tombado. Este processo é dividido em atos; o primeiro deles é o parecer do órgão técnico cultural. Em seguida, o proprietário é notificado sobre a intenção de tomar esse bem, podendo concordar ou impugnar, garantindo a ele o contraditório e a ampla defesa.⁶⁸

O Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento decide então pela anulação do processo na hipótese de ilegalidade, ou homologa tal proposta se for o caso de patrimônio histórico- cultural.⁶⁹

O proprietário como qualquer outro interessado pode ainda interpor um recurso dirigido ao Presidente da República contra a decisão que defere o tombamento.⁷⁰

Tal premissa tem frequentemente sofrido críticas uma vez que deixa a cargo do Presidente da República o poder discricionário de decidir sobre o tombamento ou não do bem, desconsiderando o parecer técnico efetuado por órgão competente.⁷¹

Todavia, Di Pietro critica tal posição afirmando que só se cancela o tombamento por motivos de interesse público. Logo, haveria um choque de interesses do Poder Público, cabendo ao Chefe do Executivo decidir qual deles deve prevalecer merecendo maior proteção e, conseqüentemente, sacrificando o outro.⁷²

⁶⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 148

⁶⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 148

⁶⁸ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1018

⁶⁹ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1017

⁷⁰ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1018

⁷¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 151

⁷²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 151

No que concerne aos efeitos do tombamento, poderá implicar em diversas obrigações aos proprietários de natureza positiva (obrigações de fazer), de natureza negativa (obrigações de não fazer) e ainda de suportar.⁷³

As primeiras, configuram-se basicamente em conservar a coisa. O proprietário deverá promover a preservação do bem, ou caso não possa arcar com as despesas referentes à manutenção do bem, deve este comunicar tal fato ao Poder Público para que este o faça as suas expensas.⁷⁴

Quanto às obrigações negativas, é defeso ao proprietário destruir, mutilar ou demolir o bem tombado. O proprietário só pode fazer qualquer alteração no bem com autorização do Poder Público.⁷⁵

As obrigações de suportar submete o proprietário à frequente fiscalização do bem pelo órgão técnico, sob pena de multa em caso de obstrução da vigilância.⁷⁶

Cumpra-se avultar que o Poder Público tem o direito de preferência em caso de intenção do proprietário de alienação do bem tombado. Pode o proprietário, independente de tombamento, gravar o bem através de penhor, hipoteca ou anticrese.

Finalizados os efeitos ao proprietário, é válido destacar que o tombamento pode também gerar obrigações aos vizinhos do bem tombado. Di Pietro determina, em sua obra, tratar-se de uma servidão administrativa em que o dominante é o bem tombado e os demais prédios vizinhos são servientes. É defeso aos proprietários vizinhos efetuar construções que reduzam ou até mesmo impeçam a visibilidade do imóvel tombado. Não cabe qualquer indenização a estas restrições.⁷⁷

Em relação à natureza jurídica, o assunto em tela tem sido amplamente debatido por diversos autores. Os doutrinadores se dividem em três concepções. Para alguns o tombamento é uma servidão administrativa. Para outros, trata-se de uma limitação administrativa. E para os demais, não é caso nem de servidão e nem de limitação.

Carvalho Filho tem se posicionado com a última corrente, conforme dispõe em sua obra:

⁷³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 152

⁷⁴ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1018

⁷⁵ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1018

⁷⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 152

⁷⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 152

Não concordamos com a posição segundo a qual se trata de servidão administrativa. Por mais de uma razão. Primeiramente, o tombamento não é um direito real, como o é a servidão; depois, inexiste as figuras do dominante e do serviente, intrínsecas à servidão administrativa. De outro lado, classificar o tombamento como bem de interesse público nos parece uma idéia vaga, que não chega a caracterizar esse tipo de intervenção. Limitação administrativa também é natureza inadequada: enquanto a limitação se reveste de caráter geral, o tombamento tem caráter específico, ou seja, incide apenas sobre determinados bens, discriminados no competente ato.⁷⁸

Para ele portanto, o tombamento não é nem servidão e nem limitação administrativa e sim um instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção.⁷⁹

Di Pietro compartilha de tal entendimento afirmando que o tombamento tem categoria própria que não se enquadra nem como simples limitação administrativa nem como servidão.⁸⁰

⁷⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 818

⁷⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 818

⁸⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 155

2 – Tombamento e o Ordenamento Jurídico

Este capítulo está reservado ao estudo do direito de propriedade e o instituto do tombamento observadas as disposições contidas no ordenamento jurídico destacando suas noções gerais no que se referem ao conceito, efeitos, objetos, procedimentos, competência para legislar e promover o ato administrativo e os pressupostos constitucionais.

2.1 – Tombamento e a Constituição Federal de 1988

Conforme visto anteriormente, o instituto do tombamento tem notável importância para a sociedade, posto que garante a proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro. Destarte, para maior efetividade desta proteção, o referido instituto tem assento constitucional, mais especificamente no artigo 216, §5º da CF⁸¹. Tal dispositivo revela a atribuição do Poder Público de se utilizar do tombamento, entre outros meios, para proteger o patrimônio histórico e cultural brasileiro.

Verifica-se assim uma grande preocupação da Constituição Federal em tutelar o patrimônio histórico e cultural brasileiro, utilizando-se de vários meios para isso, preocupação esta que foi evoluindo no decorrer do tempo e ganhando cada vez mais espaço nas sucessivas constituições brasileiras.

Para uma maior compreensão desta evolução, cabe mencionar as palavras de Edésio Fernandes e Betânia de Moraes Afonsin que resumem bem o tema:

Enquanto a Constituição Federal de 1934 dispunha sobre a competência da União e dos Estados para tratar da proteção de “belezas naturais” e “monumentos de valor histórico e artístico”, a Constituição Federal de 1937 já falava de “Nação, Estados e Municípios, alargando a noção de patrimônio – que passava assim a explicitamente compreender bens públicos e privados – para dispor sobre “monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como

⁸¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. [...]

“paisagens locais particularmente dotadas pela natureza”. Indo mais além, a Constituição Federal de 1946 dispunha que estavam sob a “proteção do Poder Público” as “obras, monumentos naturais e paisagens e locais dotados de particular beleza”. A Constituição Federal de 1967, assim como a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, determinavam que cabia ao Estado amparar a cultura, colocando sobre a “proteção especial” do Poder Público “documentos, obras e bem de valor histórico e artístico; monumentos e paisagens naturais” bem como as “jazidas arqueológicas”.⁸²

Atualmente, conforme já disposto, o tema se encontra positivado no artigo 216 da Constituição Federal de 1988.

Entretanto existe ainda uma certa divergência em relação à competência para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro. A atual Carta Magna estabelece a competência concorrente da União, Estados e Municípios em proteger este patrimônio. Diferentemente, no tocante a competência para legislar foi determinado apenas à União, e aos Estados efetuarem possíveis suplementações, não abarcando portanto os Municípios, conforme determina o artigo 24, inciso VII. Alguns autores todavia afirmam que, a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, é possível perceber a competência dos Municípios para legislar desde que não afronte a legislação federal e a estadual.⁸³

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu 5º artigo uma série de direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos indiscriminadamente. Dentre esses direitos, chama atenção o inciso LXXIII do dispositivo supramencionado, que determina a legitimidade de qualquer cidadão para propor a Ação Popular que pretenda anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural. Trata-se de um meio judicial garantido a qualquer pessoa para realizar a atividade de vigilância sobre os bens de relevância cultural ao país.⁸⁴

⁸²FERNANDES, Edésio; AFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum 2010. P. 24

⁸³FERNANDES, Edésio; AFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum 2010. P. 25

⁸⁴Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio

Cumprir destacar que a ação popular pode ser ajuizada por qualquer pessoa. Esta medida pode ter caráter preventivo quando o cidadão constatar uma situação de perigo em que o bem tombado se encontra, ou ainda de caráter regressivo quando já houver sido praticado ato lesivo contra a coisa.

O tombamento é tema de direito administrativo consequentemente amparado pelo poder de polícia e também pela discricionariedade da Administração Pública. Antônio Queiroz Telles suscita a dificuldade quanto a precisa fundamentação do tombamento, já que o instituto é uma restrição imposta por ato administrativo ao um dos direitos fundamentais devendo na verdade decorrer de lei especial em cada caso. Deste modo, ele conclui:

De se ver, assim, e em suma, que entre nós a Administração Pública não deveria ter um poder , ou seja, uma força para, através de simples atos administrativos, impor aos cidadãos exigências próprias do poder de polícia no que concerne ao tombamento. Na verdade, o que existe, é a prerrogativa, a faculdade, para a Administração Pública atuar discricionariamente nesse setor.⁸⁵

O poder de polícia decorre portanto de um ato administrativo que por fim está vinculado à lei, não a critério subjetivo do agente público.⁸⁶

Contudo, para que o Estado possa utilizar-se de tais poderes vinculados a sua supremacia, é necessário que seja respeitado o princípio, também de origem constitucional, do devido processo legal, ou seja, deve ser conferido ao particular o contraditório e a ampla defesa para que este possa impugnar qualquer ato administrativo que limite ou condicione seu direito fundamental.

Ainda que já mencionado, apenas para lembrar, a Constituição Federal de 1988 fala em função social da propriedade. A função social nada mais é que o exercício do direito de propriedade em conformidade com o interesse público. Nesses termos, o Poder Público, a partir do preceito ora tratado, passou a regular os assuntos referentes ao direito de propriedade e seu uso, impondo-lhe limitações e

histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁸⁵TELLES, Antônio Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 55

⁸⁶TELLES, Antônio Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 55

condições e, ao mesmo tempo, utiliza-se de sua supremacia e de diversos instrumentos jurídicos para garantir que tais observâncias sejam asseguradas, intervindo ou até mesmo retirando a propriedade de quem contrarie a sua função social e o interesse coletivo.

Por essa razão, o tombamento é um instituto típico onde há a revelação desse preceito. Trata-se de uma situação onde prevalece o interesse público sobre o interesse particular do proprietário, limitando-o expressivamente. O preceito está previsto no inciso XXIII, do artigo 5º, da Lei Maior nas seguintes palavras: “a propriedade atenderá a sua função social.”

A Constituição Federal alude ainda sobre a política urbana, tema disposto no artigo 182 que, pela sua relevância, merece ser transcrito abaixo:

Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (grifo nosso)

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

São disposições gerais que tem por escopo regular o desenvolvimento urbano. Verifica-se que, o dispositivo supramencionado, em seu §6º, também deixa expresso a necessidade de obediência à função social da propriedade, devendo, entretanto, observar as ordenações contidas no plano diretor de cada cidade. Trata-se da excessiva e incessante preocupação que o ordenamento jurídico brasileiro tem dado ao exercício do direito de propriedade em consonância com os interesses coletivos. E o tombamento, como uma forma de intervenção do Poder Público, cumpre a função social da propriedade quando se sobrepõe ao direito do proprietário.

2.2 – Tombamento: Código Civil de 2002 e Estatuto da Cidade

O tombamento, entendido como instrumento de preservação do patrimônio histórico e cultural, está significativamente presente nos centros urbanos principalmente na figura da propriedade imóvel, objeto desse estudo.

O direito urbanístico, segundo Fernando Alves Correia, é definido como um conjunto de normas e de institutos respeitantes a ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização do bem para fins de urbanização e de construção, agrícolas e florestais, de valorização e proteção da natureza, de recuperação de centros históricos etc.⁸⁷

No Brasil, em decorrência do intenso crescimento urbano, verificou-se uma mudança desordenada na ocupação do território nacional gerando problemas principalmente de caráter social e ambiental, de modo que tornou imprescindível uma regulamentação que disciplinasse o desenvolvimento, ocupação do solo e uso da propriedade privada nos grandes centros urbanos.⁸⁸

A matéria atualmente está disciplinada em diversos diplomas jurídicos, todavia, encontra-se concentrada no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01.

A Constituição Federal de 1988 aborda em seu artigo 182, *caput*, a função social da cidade⁸⁹. Sobre o tema, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf estabelece que a propriedade urbana cumpre essa função social da cidade quando

⁸⁷CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2001. P. 45

⁸⁸FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 11

⁸⁹Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

propicia a ordenação das cidades, enquanto lugar mais adequado para a convivência e desenvolvimento social, conforme os dispositivos constitucionais e os planos urbanísticos, pois encontrando ambiente e espaço favoráveis, pode a cidade atuar como otimizador das potencialidades das personalidades evidenciado pela vida digna e plena de seus habitantes.⁹⁰

Nesse contexto, a função social da cidade, alicerçado na própria função social da propriedade, tem por escopo proteger o interesse da coletividade sob o implemento de medidas que garantam o bem estar de toda a sociedade.

Por essa razão, o artigo 2º do Estatuto da Cidade implementa a necessidade de a política urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e elenca algumas medidas que devem ser tomadas. Dentre essas medidas, destaca-se aquela presente no inciso XII, do dispositivo supramencionado, que determina a proteção do patrimônio cultural, artístico, paisagístico e arqueológico.⁹¹

O artigo 4, do referido diploma, determina, por conseguinte, em seu inciso V, alínea d, o tombamento de imóveis ou mobiliário urbano como um instrumento jurídico da política urbana, isto é, como um meio de proteger o patrimônio histórico e cultural brasileiro presente nos centros urbanos em decorrência do interesse social⁹². Trata-se de um típico instrumento de implementação da função social da propriedade e da função social da cidade.

Importante salientar que a implementação da função social da propriedade está condicionada à observância do Plano Diretor de cada cidade. Este Plano Diretor nada mais é que um instrumento que contém diretrizes objetivas, programas e projetos com a finalidade de assegurar o desenvolvimento de uma determinada cidade.⁹³

A atual Constituição Federal determina, em seu artigo 182 §1º, a necessidade

⁹⁰MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010. P. 67

⁹¹Art. 2. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; [...]

⁹²Art. 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
[...]

V – institutos jurídicos e políticos: [...]

d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;

⁹³MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 51

de um Plano Diretor nas cidades com mais de 20 mil habitantes⁹⁴. O referido dispositivo apresenta eficácia contida, dependendo de lei complementar para a produção de seus efeitos jurídicos. Esta norma veio a ser editada em 2001 e denominada como Estatuto da Cidade. Desse modo, o Estatuto da Cidade torna exequível as disposições contidas na Constituição Federal.⁹⁵

Portanto, segundo o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor contribui notavelmente para a realização da função social da cidade descrita na Lei Maior, uma vez que prevê em sua elaboração a participação popular. Assim, a cidade que não cumprir as disposições contidas em tal instrumento será considerada inconstitucional.⁹⁶ O Estatuto determina ainda a necessidade de revisão do Plano Diretor a cada dez anos para se atualizar diante das novas concepções da sociedade.

O Estatuto estabelece dentre as funções gerais, que deverão estar contidas no Plano Diretor, a definição de diretrizes e instrumentos específicos para a proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural.

O Estatuto da Cidade determina ainda, em seu artigo 25, o direito de preempção garantido ao poder público na aquisição de imóvel urbano, objeto de alienação onerosa entre particulares.⁹⁷ Tal prerrogativa é garantida apenas aos Municípios e tem por intuito a satisfação do interesse público. O artigo 26 enumera diferentes fundamentos para o direito de preempção, merecendo maior destaque o inciso VIII que descreve a proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico.⁹⁸

Não obstante o relevante tratamento jurídico dado pelo Estatuto da Cidade ao patrimônio histórico e cultural, a matéria está ainda expressamente concebida no artigo 1.228, §1º, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da

⁹⁴Art. 182. [...] § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

⁹⁵MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 52

⁹⁶MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 53

⁹⁷Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

⁹⁸MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 31

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: [...] VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[...]

Dessa feita, o Código Civil não deixou expresso o instituto, porém, previu o exercício do direito de propriedade em consonância com a proteção do patrimônio histórico e cultural. Revela-se mais um instrumento de perseguição da função social da propriedade.

Questão importante se refere à prioridade de aplicação entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil. Ambas, as normas, se encontram em um mesmo ordenamento jurídico, têm plena validade e versam sobre a mesma matéria. Qual deverá prevalecer em determinado caso concreto? Situações como esta, onde há mais de uma norma versando sobre o mesmo assunto, ocorre corriqueiramente nos ordenamentos jurídicos cabendo à jurisprudência solucioná-las. Trata-se da antinomia.

As antinomias podem ocorrer de diferentes formas. Existe antinomia quando há duas normas em que uma obriga e a outra proíbe determinado comportamento, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe a outra permite o mesmo comportamento.⁹⁹

Apenas para uma melhor compreensão sobre o tema, Norberto Bobbio define a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade.¹⁰⁰

Superadas as questões conceituas, nos resta saber qual das duas normas tem prioridade de aplicação na situação fática. O ordenamento jurídico tem adotado três critérios para a solução do problema. Um deles é o critério cronológico, o qual a norma posterior revoga a aplicação da norma anterior. O fundamento deste critério é

⁹⁹BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. P. 86

¹⁰⁰BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. P. 88

que a regra posterior tem melhor adequação as atuais exigências sociais.¹⁰¹

Outro critério de solução ocorre através da hierarquia entre as normas. Desse modo, a norma hierarquicamente superior deve prevalecer em relação à norma hierarquicamente inferior.¹⁰²

Por fim, parece nos interessar mais para o tombamento o terceiro critério, onde a norma especial tem preferência de aplicação em relação à norma geral. A lei especial evidentemente tem maior possibilidade de aplicação uma vez que tem por escopo reger a matéria em questão.¹⁰³

No caso do tombamento, as normas não apresentam uma incompatibilidade decorrente da contrariedade propriamente dita. Ocorre que o Estatuto da Cidade se dedica mais ao tema do que o Código Civil, que se atém apenas em garantir a proteção do patrimônio histórico e cultural.

Desse modo, pelo critério da especialidade não existe muita dificuldade em definir a preferência do Estatuto em Relação ao Código Civil. Todavia, importante destacar que, de modo geral, ambos diplomas buscam através de suas normas o mesmo fim, condicionar o uso do direito de propriedade a sua função social, sendo o tombamento um instrumento típico para isso.

2.3 - Tombamento no Decreto-Lei 25/1937

Conforme asseverado anteriormente, o tombamento é uma típica intervenção do Poder Público no direito de propriedade com o intuito de preservar, ou melhor, proteger o patrimônio histórico e cultural brasileiro.

Dada a importância de certos bens para a história e cultura do Brasil, precocemente, foi editado decreto-lei sancionado pelo então Presidente da República Getúlio Vargas cuja finalidade era a proteção de tais bens. Amplamente conhecida como a Lei do Tombamento, é válido destacar que na sua própria emenda fica evidente que o instrumento não se limita simplesmente a doutrinarem tal instituto.¹⁰⁴

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. P. 92

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. P. 93

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. P. 97

¹⁰⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 01

Todavia, o diploma especifica todos as diretrizes que gravitam o instituto do tombamento, como por exemplo: seus fundamentos, limites, extensões, objetos, sujeitos, entre outros.

O primeiro capítulo da referida lei trata dos bens suscetíveis de tombamento e já se estabelece de antemão que o instituto pode recair tanto em bens pertencentes a pessoas naturais quanto a pessoas jurídicas ainda que de direito público, conforme estabelece o artigo 2º. Já o artigo 3º determina a impossibilidade de o tombamento recair sobre bens de origem estrangeira, uma vez que o texto constitucional deixou claro no artigo 216 a intenção de preservar o patrimônio histórico-cultural brasileiro.¹⁰⁵

Há de se ressaltar ainda, a impossibilidade de se tomar o uso específico de determinado bem, pois a lei menciona claramente que o instituto busca proteger apenas os bens imóveis e móveis. Desse modo, os bens tombados não necessariamente precisam ter uma única funcionalidade. Sobre o tema, Marcos Paulo de Souza Miranda cita em sua obra as lições de Sônia Rabello:

É insuscetível de tombamento o uso específico de determinado bem. Ainda que se tombe o imóvel, não poderá a autoridade tomar o seu uso, uma vez que o uso não é objeto móvel ou imóvel. Com relação ao aspecto do uso, o que pode acontecer é que, em função da conservação do bem, ele possa ser adequado ou inadequado. Assim, se determinado imóvel acha-se tombado, sua conservação se impõe; em função disso é que se pode coibir formas de utilização da coisa que, comprovadamente, lhe causem danos, gerando sua descaracterização. Nesse caso, poder-se-ia impedir o uso danoso ao bem tombado, não para determinar um uso específico, mas para impedir o uso inadequado.¹⁰⁶

O capítulo 2, do Decreto-Lei 25/37, trata do tombamento propriamente dito, disciplinando todo o seu procedimento administrativo. O artigo 5º determina que em

¹⁰⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 19

Art. 2. A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

Art. 3. Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira. [...]

¹⁰⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 22

casos, cujo o bem sobre o qual paira a pretensão de tombamento pertença a alguma das pessoas jurídicas de direito público, o tombamento poderá ser efetuado de ofício, bastando a notificação da entidade titular.¹⁰⁷

No direito brasileiro, em decorrência da omissão da lei, tem se adotado a posição de que o tombamento não gera o direito à indenização do proprietário. Entretanto, existem casos onde há um grande e comprovado prejuízo ao proprietário impedindo-lhe que exerça todas as faculdades inerentes ao seu domínio, situação que não ensejará em uma justa indenização pelo tombamento, pelo contrário, cabe ao Poder Público desapropriar o bem pagando um valor justo ao seu titular.

O artigo 6º é de suma importância, pois determina a possibilidade de se tombarem determinado bem de maneira voluntária e até mesmo compulsória. Como já devidamente dissertado, o tombamento voluntário decorre da própria vontade do proprietário ou da sua inércia em não impugnar a pretensão de tombamento. Já o compulsório ocorre mesmo com a irrisignação do proprietário.¹⁰⁸

Faz-se necessário destacar que o tombamento pode ter a iniciativa de qualquer pessoa, entidade, associação.

Merece maior relevo o tombamento compulsório visto a sua natureza contenciosa. Nesse caso, o processo administrativo deve ser formalmente cumprido, abrindo-se oportunidade para o proprietário insatisfeito se manifestar. O prazo para essa manifestação ocorre após os estudos técnicos efetuados pelo órgão especializado e após a devida notificação do proprietário que deve ser efetuada pessoalmente ou na pessoa que o represente. Cumpre destacar que esse prazo é de 15 dias peremptórios.¹⁰⁹

A manifestação do proprietário é essencial para a validade do tombamento como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa.¹¹⁰

¹⁰⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 41

Art. 5. O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

¹⁰⁸ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 45

Art. 6. O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

¹⁰⁹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 48

¹¹⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 49

Após o julgamento realizado pelo órgão especializado, é necessária a homologação do Ministro da Cultura que deverá se manifestar apenas quanto a legalidade do procedimento e se abster de analisar o mérito da deliberação. Deve agir de imediato, podendo até responder por improbidade administrativa pela mora.¹¹¹

É válido destacar que no momento em que o proprietário do bem é notificado para ter ciência do processo administrativo, este bem já se encontra protegido pelo tombamento provisório. Esta medida tem caráter fundamental, pois garante que o proprietário não vá destruir o bem na tentativa de evitar o seu tombamento. É uma medida de prevenção. Ou seja, a partir da notificação do titular, a coisa já passa a ser protegida e inserida em um regime jurídico próprio da categoria.¹¹²

O proprietário que destruir ou mutilar o bem que está tombado provisoriamente, pode ser responsabilizado civil, administrativo e até penalmente.

O terceiro capítulo do diploma retromencionado dedica-se a tratar dos efeitos decorrentes do tombamento, efeitos estes que atingem principalmente o titular do bem, já que restringe seu poder de senhorio sobre a coisa.

O artigo 11º aduz a inalienabilidade dos bens tombados que pertençam as pessoas jurídicas de direito público. Assevera ainda que a transferência de propriedade só pode ser feita entre elas.¹¹³

Esta inalienabilidade advém da própria natureza do bem, isto é, do interesse público que ele representa. Do mesmo modo, os bens públicos tombados, em decorrência lógica, não podem também ser usucapidos logo que são de relevante interesse coletivo e de propriedade pública. Sendo assim, qualquer ação que pretende a declaração de usucapião deve ser extinta sem resolução do mérito.¹¹⁴

Conforme já asseverado, os bens tombados se submetem a um regime jurídico especial de interesse público. Nesse sentido, José Afonso da Silva *apud* Marcos Paulo de Souza Miranda:

¹¹¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 45

¹¹² MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 66

¹¹³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 71

Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.

¹¹⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 72

A doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens - os bens de interesse público - na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim Público. Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção pública. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso - de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado.¹¹⁵

A matéria acerca da transferência e deslocamento de bens não será devidamente aprofundada por não ser o alvo da pesquisa, pois a finalidade desta é tratar de bens imóveis. Todavia cumpre destacar que a coisa somente pode sair do país por um lapso temporal exíguo e após aprovação do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Descumprido qualquer dos requisitos, o Poder Público tem a prerrogativa de sequestrar o bem.

O artigo 17 do diploma em referência tem grande importância pois trata da conduta que o proprietário do bem deve ter, seja positiva, praticando atos de conservação; seja negativa, se abstendo de atos de destruição do bem. O dispositivo traz o vocábulo mutilar. Para alguns autores essa expressão tem uma definição extensiva abarcando não só a própria deterioração do bem como também a construção de acréscimos à coisa tombada.¹¹⁶

O artigo mencionado está alicerçado no Princípio da Prevenção. Esse princípio dispõe que havendo uma incerteza quanto ao caráter danoso ou não de intervenção ao bem tombado, ela não deve ser autorizada. Desse modo, deve se

¹¹⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 75

¹¹⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 106

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

evitar qualquer mudança que altere a qualidade essencial do bem, principalmente se não for possível retornar ao *status quo ante*.¹¹⁷

Danificado o bem, os causadores respondem objetivamente pela conduta, isto é, independente de culpa. Trata-se de um dano causado que não só atinge o proprietário como a própria sociedade dada a importância do bem para esta.¹¹⁸

Quanto a conservação da coisa, a lei estabelece a necessidade de prévia autorização do órgão tombador, mesmo em caso de reparação, pintura ou restauração. Todavia, em caso de reparações simples não demandam a prévia anuência do Poder Público.

O tombamento, entendido como um instituto típico de limitação propriedade, atinge não só o proprietário do bem tombado como seus vizinhos que estão no entorno. O artigo 18 do DL 25/37 estabelece assim as restrições aos vizinhos que de alguma forma impeçam ou reduzam a visibilidade do bem tombado.¹¹⁹

O impedimento decretado do dispositivo citado abrange não só as modificações que retiram ou limitem a visibilidade do bem tombado como as que destoam da harmonia do conjunto formado pela coisa e pelos demais bens situados no entorno desta. Marcos Paulo de Souza Miranda caracteriza as limitações como: de ponto de vista físico que abrange a distância, perspectiva, altura, entre outras; e as limitações do ponto de vista finalístico que abrange a harmonia, integração e ambiência.¹²⁰

Para que o órgão tombador possa exercer esta vigilância é necessário especificar as limitações da área de entorno através de critérios objetivos. Em caso de omissão, a questão pode ser suscitada à apreciação do Poder Judiciário.¹²¹

Importante destacar que o tombamento provisório tratado no artigo 10 da DL 25/37 abrange também o entorno, sendo assim, este entorno se submete ao regime

¹¹⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 95

¹¹⁸ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 101

¹¹⁹ Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

¹²⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 111

¹²¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 122

jurídico diferenciado antes mesmo da inscrição do bem principal no Livro de Tombo.¹²²

O artigo 19 do diploma em referência dispõe acerca da obrigação do proprietário da coisa tombada em arcar com as despesas com a sua conservação. Entretanto, sabiamente o legislador estabeleceu hipótese em que esta conservação fica às expensas do Poder Público. Ocorrerá quando o proprietário não tiver condições financeiras para isso ou quando houver urgência. Portanto, a obrigação do Poder Público é uma exceção, podendo até ser ressarcido se comprovado que o proprietário tinha recursos para executá-la.¹²³

O proprietário também não poderá ficar a critério da discricionariedade do Poder Público. Nesse sentido, após a comunicação do órgão competente, a inércia deste em promover as obras de conservação, gera o direito ao proprietário de requerer o cancelamento do tombamento.¹²⁴

O artigo 21 do DL 25/37 equipara os bens tombados aos bens pertencentes ao patrimônio público estando subordinados ao regime jurídico diferenciado em relação aos bens comuns no que concerne a sua destinação, imodificabilidade e alienabilidade.¹²⁵

No tocante a alienabilidade, o artigo 22 do decreto-lei estabelece o direito de preferência respectivamente da União, Estados e Distrito Federal, e Municípios. Trata-se de um preceito extremamente importante e que deve ser respeitado sob pena de o negócio jurídico, violador do dispositivo, ser declarado nulo. O Poder Público pode perseguir o bem e cancelar a alienação.¹²⁶

Cumprir destacar que o proprietário deve notificar os entes públicos a usar o direito de preferência no prazo de 30 dias. Cuida-se de inalienabilidade relativa que é afastada com o fim do prazo mencionado.

¹²² MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 127

¹²³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 142

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

¹²⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 147

¹²⁵ Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

¹²⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 172

Questão importante refere-se a impossibilidade de usucapião de bens tombados privados que desrespeitam o direito de preferência. O adquirente que compra a coisa sem observar os termos do artigo 22, mesmo de posse de justo título, não pode usucapir ordinariamente o bem. Logo, por força da lei, enquanto não observar o direito de preferência do Poder Público, o bem se encontra fora do âmbito do comércio privado. Inexiste a *res habilis*.¹²⁷

Os artigos seguintes do DC 25/37 trazem disposições gerais no que concerne a matéria referente aos bens móveis não sendo objeto de estudo desta pesquisa.

2.4 – Tombamento na Lei Orgânica do Distrito Federal

O instituto do tombamento, dada a sua importância para a sociedade, vem disposto expressamente em diversos diplomas jurídicos, dentre eles a Lei Orgânica do Distrito Federal que possui em seus variados dispositivos a propriedade de bens prevendo a proteção daqueles que possuem uma relevância histórica e cultural para a sociedade local.

A Lei Orgânica do Distrito Federal, apesar de mencionar em poucos dispositivos o instituto do tombamento, traz em diversos outros artigos a preocupação com o patrimônio histórico e cultural do Distrito Federal.

Preliminarmente cumpre destacar que Brasília, situada no Distrito Federal, faz parte do grupo de cidades que possuem o status de patrimônio histórico da humanidade, certificado que lhe atribui significativa importância internacional. Nesse contexto, é evidente que a lei que organiza e administra o DF deve estar em consonância aos diplomas hierarquicamente superiores bem como à realidade supramencionada. Cumpre destacar que o conjunto urbanístico de Brasília está legalmente protegido em 3 instâncias, sendo elas:¹²⁸

- Governo Federal – Livro do Tombo Histórico do IPHAN, inscrição nº 532, em 14/02/1990. Portaria nº 314 do SPHAN (atual IPHAN) de 08/10/1992.

¹²⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 173

Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

¹²⁸ INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Plano Piloto 50 anos: cartilha de preservação de Brasília*. Brasília, DF: Superintendência do Iphan do Distrito Federal, 2009.

- Governo do Distrito Federal – Decreto nº 10.829 de 14 de outubro de 1987.
- UNESCO – Lista do Patrimônio Mundial. Inscrição nº 445 de 7 de dezembro de 1987.

Inicialmente a matéria é tratada no artigo 3º, inciso XI da Lei Orgânica como um dos objetivos prioritários do Distrito Federal em zelar o conjunto urbanístico de Brasília, merecendo a sua transcrição:

Art. 3º São objetivos prioritários do Distrito Federal:

XI – zelar pelo conjunto urbanístico de Brasília, tombado sob a inscrição nº 532 do Livro do Tombo Histórico, respeitadas as definições e critérios constantes do Decreto nº 10.829, de 2 de outubro de 1987, e da Portaria nº 314, de 8 de outubro de 1992, do então Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC, hoje Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. *(Inciso acrescido pela Emenda à Lei Orgânica nº 12, de 1996.)*

A Portaria descrita no dispositivo supramencionado traz todas as definições e critérios acerca do tombamento de Brasília.

O artigo 17, por sua vez tem grande relevância jurídica posto que estabelece em seu inciso VII a competência concorrente do Distrito Federal e da União em legislar sobre proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico e turístico, inclusive sobre a responsabilidade por danos causados a tal patrimônio conforme inciso VIII. Vale lembrar que o Distrito Federal, na edição de suas normas, deve observar a existência de normas gerais determinadas pela União e a superveniência de lei federal suspende a eficácia de lei local.¹²⁹

O artigo 51, previsto no capítulo VIII, apenas faz referência aos bens pertencentes ao DF que devem ser destinados ao uso público, todavia em respeito ao patrimônio histórico, cultural, arquitetônico e paisagístico a fim de garantir o interesse social. Vale lembrar que os bens de titularidade da União, Estados,

¹²⁹ Art. 17. Compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre:
[...]

VII – proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico e turístico;

VIII – responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, espeleológico, turístico e paisagístico;

Municípios e DF são inalienáveis podendo somente serem transferidos entre as referidas entidades.¹³⁰

Importantes disposições vêm contidas nos artigos 246 e 247 da referida lei. Há a expressa determinação por parte de poder público em adotar medidas que garantam a preservação do patrimônio histórico e cultural do Distrito Federal, abrangendo tanto os bens de natureza material bem como os de natureza imaterial. O intuito de tais artigos é promover e apoiar a cultura garantindo a todos o seu acesso.¹³¹

O § 2º do artigo 247 estabelece ainda a obrigação da Lei Orgânica do Distrito Federal de conservar Brasília como Patrimônio Cultural da Humanidade conforme os critérios de tombamento definidos pela UNESCO.¹³²

A Lei Orgânica do Distrito Federal traz ainda em seus termos a função social como um princípio norteador. A expressão vem prevista exhaustivamente em diversos artigos e impõe a necessidade de atuação do Governo do Distrito Federal bem como de toda a população direcionada a satisfação do interesse coletivo.

O artigo 312 determina claramente que a política urbana e rural do governo do Distrito Federal deve zelar para que a propriedade cumpra a sua função social devendo proteger os bens de valor histórico e cultural principalmente o conjunto urbanístico de Brasília, objeto de tombamento.¹³³

Trata-se de limitação ao direito de propriedade que aparece regularmente como visto em outros diplomas normativos já devidamente tratados.

¹³⁰ Art. 51. Os bens do Distrito Federal destinar-se-ão prioritariamente ao uso público, respeitadas as normas de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, arquitetônico e paisagístico, e garantido o interesse social.

¹³¹ Art. 246. O Poder Público garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura; apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais, bem como a proteção do patrimônio artístico, cultural e histórico do Distrito Federal.

¹³² Art. 247. O Poder Público adotará medidas de preservação das manifestações e dos bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como das paisagens notáveis, naturais e construídas, e dos sítios arqueológicos, buscada a articulação orgânica com as vocações da região do entorno.

[...]

§ 2º Esta Lei resguardará Brasília como Patrimônio Cultural da Humanidade, nos termos dos critérios vigentes quando do tombamento de seu conjunto urbanístico, conforme definição da UNESCO, em 1987. *(Parágrafo com a redação da Emenda à Lei Orgânica nº 11, de 1996.)*¹³²

¹³³ Art. 312. A política de desenvolvimento urbano e rural do Distrito Federal, observados os princípios da Constituição Federal e as peculiaridades locais e regionais, tem por objetivo assegurar que a propriedade cumpra sua função social e possibilitar a melhoria da qualidade de vida da população, mediante:

[...]

VI – proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e, em especial, do conjunto urbanístico de Brasília;

Nesse sentido, o artigo 315, inciso I da Lei ora tratada, estabelece que para o atendimento da função social é necessário o cumprimento das regras delimitadas no plano diretor da cidade devendo para tanto garantir a proteção do patrimônio histórico, artístico, paisagístico, cultural e ao meio ambiente.¹³⁴

¹³⁴ Art. 315. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende a exigências fundamentais de ordenação do território, expressas no plano diretor de ordenamento territorial, planos diretores locais, legislação urbanística e ambiental, especialmente quanto:
[...]
III – à proteção ao patrimônio histórico, artístico, paisagístico, cultural e ao meio ambiente.

3 – Jurisprudência

Este capítulo traz como destaque o estudo da jurisprudência pertinente ao tema, observando a posição que vem sendo predominante nos juízos e tribunais, na análise do confronto entre o interesse particular e o interesse público nos casos concretos.

Nesse contexto, o capítulo, ora dissertado, será dividido em dois sub-tópicos onde haverá casos onde o tombamento prevaleceu sobre o direito de propriedade e casos onde os direitos do proprietário do bem prosperou em relação ao interesse público.

3.1- Jurisprudência favorável ao tombamento como instrumento de concretização da função social da propriedade

3.1.1 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação Cível AC 200951110000524, Relator: Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, quinta turma especializada. Data de julgamento: 25 de fevereiro de 2014.

CIVIL. ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DECRETO-LEI Nº 25/37. LIMITAÇÕES AO DIREITO DE CONSTRUIR. VILA HISTÓRICA DE MAMBUCABA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E PAISAGÍSTICO. 1. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 216, cuida da tutela do patrimônio cultural brasileiro, enunciando os bens de natureza material e imaterial que são portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, situando-se, entre tais bens, os conjuntos urbanos de valor histórico e paisagístico. O referido dispositivo prevê, em seu § 1º, o dever do Poder Público de, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio dos instrumentos de inventário, registro, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. 2. O tombamento é modalidade de Intervenção do Estado na Propriedade e a observância das restrições dele decorrentes atende à função social da propriedade, na medida em que se adequa o seu uso ao interesse de toda a coletividade em sua preservação. O Decreto-Lei nº 25/37, que regula o tombamento, estabelece que o bem que se submete ao tombamento adquire um regime jurídico especial, incumbindo ao proprietário o ônus de conservá-lo, mantendo-o dentro de suas características culturais, sob orientação e supervisão técnica do IPHAN. 3. Os artigos 17 e 18 do Decreto-lei nº 25/37 estabelecem limitações ao direito de construir,

vedando novas construções sem prévia anuência do IPHAN, com vistas à preservação do conjunto arquitetônico local. 4. A Vila Histórica de Mambucaba recebeu especial proteção da legislação em razão de seu inestimável valor histórico para toda a coletividade. No caso em apreço, aplica-se o disposto na Lei municipal nº 158/82, que fixa normas para o zoneamento da área urbana e de expansão urbana no Município de Angra dos Reis, e enuncia, em seu art. 15, inciso III, alínea 'b', e inciso IV, alínea 'b', que "só poderão ser licenciadas dentro dos limites da Área de Tombamento Rígido as seguintes obras: III - construção de nova edificação em lotes vagos, inexistindo documentação iconográfica hábil: (...) b) a nova edificação pode ter apenas um único pavimento, com altura máxima nunca superior à altura do muro ou cerca viva; IV - o acréscimo de novas áreas construídas em edificações antigas só será permitido se atendidas as seguintes condições: (...) b) construção em apenas um pavimento e altura nunca superior à edificação existente." 5. Tendo sido a ré notificada pelo IPHAN sobre a irregularidade da construção e sobre a determinação de imediata paralisação das obras por ausência de projeto previamente aprovado por aquele órgão, e constatando o laudo de vistoria que o segundo pavimento foi totalmente coberto, excedendo o gabarito máximo permitido para a área em questão, impõe-se a procedência do pedido, para que a ré adeque a obra à legislação aplicável, com seus próprios recursos. 6. Sobre as alegações de necessidade de expansão do imóvel para garantir a residência da família, impende considerar que se trata de argumentação que não afasta a necessidade de observância das normas edilícias locais. 7. Eventual direito à indenização pela restrição do uso do imóvel decorrente do ato de tombamento é tema a ser discutido em ação própria, mormente porque o objeto da presente lide não é o eventual esvaziamento da propriedade pela limitação, mas sim a não observância das normas que regulam a situação dos bens que submetem-se ao ato de restrição. Com efeito, as limitações administrativas preexistentes à aquisição do imóvel não geram indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade, máxime quando o gravame narrativo é antecedente à alienação e da ciência do adquirente (Precedentes: AgRg no REsp 769.405/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010; EAg 404.715/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 11/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 215, RESP 200802657267, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/07/2010 RSTJ VOL.:00220 PG:00168 ..DTPB:.) 8. Apelação desprovida.¹³⁵

A causa acima trata de um típico caso onde envolve o direito de propriedade de um titular de um bem tombado e o interesse público do Estado em conservar as características essenciais da coisa protegida.

¹³⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação Cível AC 200951110000524, Relator: Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, quinta turma especializada. Data de julgamento: 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24994563/ac-apelacao-civel-ac-200951110000524-trf2>>

No caso, a proprietária efetuou obra em desacordo com as regras definidas pelo tombamento e sem um projeto aprovado, sendo notificada pelo órgão responsável (IPHAN) para paralisação imediata da obra. Importante destacar que o fundamento utilizado pela proprietária para justificar a obra foi a necessidade de expansão do imóvel para residência familiar.

A apelação cível foi desprovida prevalecendo para tanto o interesse público em conservar o bem nos moldes como foi tombado. O artigo 17 do Decreto 25/1937, que trata do tombamento, determina que o proprietário deve conservar a coisa, bem como se abster de efetuar qualquer mudança sem prévia autorização do Poder Público e que altere a suas características essenciais.¹³⁶ Tal disposição está fundamentada no Princípio da Prevenção. Informa este que, havendo qualquer dúvida quanto ao caráter danoso da mudança, deve ser ela evitada.¹³⁷

Os causadores de qualquer dano na coisa, respondem objetivamente pela deteriorização, isto é, independente de culpa haja vista que trata-se de um dano que fere não só o proprietário do bem como a sociedade.¹³⁸

3.1.2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação Cível AC 107446 RJ 96.02.14862-4, Relator: Desembargador Federal Leopoldo Muylaert, Sexta Turma Especializada. Data de julgamento: 24 de novembro de 2008.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE - PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO - LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. REGULARIDADE DA INTERVENÇÃO DO IPHAN. TOMBAMENTO: AREAS VIZINHAS DEVEM SER PROTEGIDAS PELOS EFEITOS REFLEXOS QUE PODEM GERAR. MUNICÍPIO DE PARATY ELEVADO A MONUMENTO NACIONAL A JUSTIFICAR A INTERVENIENCIA DO ESTADO NA PROPRIEDADE PARTICULAR. ILEGALIDADE DO ALVARÁ PRETENDIDO.

1 - Havendo colisão de direitos fundamentais, como o direito à propriedade e o direito à cultura, deve-se sopesá-los levando-se em conta o interesse público, a função social da propriedade.

2 - Os atos do IPHAN não destoam dos comandos constitucionais e da legislação que rege a matéria, não havendo que se falar em abuso ou ofensa ao princípio da legalidade, pelo simples fato de ter a

¹³⁶ Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

¹³⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 101

¹³⁸ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 101

autarquia justificado a sua negativa de autorização ao empreendimento com base, também, em anteprojeto de lei.

3 - É inquestionável a regularidade da intervenção do IPHAN na análise da viabilidade do projeto da ré, o que se depreende da simples leitura do disposto nos arts. 17 e 18 do Decreto-Lei nº 25/1937.

4 - É irrelevante a discussão sobre a inclusão ou não da Praia da Rosa na área de tombamento, porque, se não a integra, é limítrofe, e qualquer construção ali desenvolvida, envolverá a área tombada de maneira reflexa, causando-lhe efeitos, não só pela construção, como pelas questões ambientais que surgirão do fluxo de pessoas que se intensificará.

5 - É de se reconhecer a ilegalidade do alvará pretendido, que afronta o Decreto nº 58.077/66 que elevou o Município de Paraty à condição de Monumento Nacional, merecedor de toda proteção pelo interesse público que representa, a justificar a interveniência do poder público na propriedade particular.

6 - Recurso improvido.¹³⁹

A jurisprudência, acima colacionada, primeiramente decide acerca do embate existente entre dois direitos fundamentais, a saber, o direito de propriedade e direito de cultura. Para a solução do conflito foi invocado o princípio da função social da propriedade assentado em diversos dispositivos, principalmente no artigo 5º, inciso XXIII da Lei Maior.

Como já asseverado, a função social determina uma conduta do proprietário em acordo com o interesse social sem eliminar, é claro, as faculdades essenciais do direito de propriedade, quais sejam, o de usar, gozar, dispor e reaver a coisa. Busca-se evitar que o exercício descompromissado e por vezes egoísta do proprietário cause danos a coletividade.¹⁴⁰

A jurisprudência ainda trata da intervenção do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) que negou empreendimento que modifica as características do bem objeto de tombamento. A matéria está disposta no artigo 17 do Decreto 25/1937, conforme já tratado, que estabelece a necessidade de prévia autorização do instituto para realização de qualquer obra.¹⁴¹

¹³⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação Cível AC 107446 RJ 96.02.14862-4, Relator: Desembargador Federal Leopoldo Muiyaert, Sexta Turma Especializada. Data de julgamento: 24 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2219814/apelacao-civel-ac-107446-rj-960214862-4>>

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 130

¹⁴¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 101

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Importante questão se refere aos bens que não fazem parte do complexo urbanístico tombado, porém estão às margens, sendo por conseguinte, objetos de proteção também. No caso discutido, a decisão suscita o impedimento de construção na Praia Rosa, Município de Paraty. Qualquer edificação ali efetuada, causaria danos reflexos na área tombada.

Sobre a matéria, o artigo 18 deixa expresso a proibição quanto as mudanças efetuadas na vizinhança da coisa tombada. Qualquer construção que impeça ou dificulte a visibilidade do bem tombado deve ser destruída impondo inclusive multa.¹⁴²

Conclui-se que o tombamento é uma limitação ao direito de propriedade que se estende não só ao proprietário como aos vizinhos. Sobre o tema, vale citar as palavras de Marcos Paulo de Sousa referentes ao princípio de proteção do entorno.

O entorno é um importante aliado, a fim de possibilitar a compreensão do bem cultural tombado, conferindo coerência entre o bem protegido e a ambiência que o envolve, ampliando a legibilidade que dele se faz e a eloquência do testemunho que ele pode prestar. Segundo o princípio da proteção do entorno, todo bem tombado insere-se em um contexto cultural mais amplo ao seu redor, capaz de testemunhar o meio e os elementos históricos de uma época, devendo ser resguardada a área em volta do patrimônio cultural objeto da proteção principal.¹⁴³

3.1.3 - Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação Cível 314988 RJ 1986.51.01.737002-3, Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros, Sexta Turma Especializada. Data de julgamento: 14 de julho de 2009.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO APELAÇÃO
TOMBAMENTO LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA NEGATIVA ARTS.
5º, XXIII E 170, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DECRETO Nº
25/37 PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E

¹⁴² Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

¹⁴³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 111

PAISAGÍSTICO - VEDAÇÃO DE CONSTRUÇÃO NA VIZINHANÇA DE IMÓVEIS TOMBADOS INTERESSE DE AGIR DO MUNICÍPIO CONFIGURADO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DESCABIMENTO- SENTENÇA MANTIDA. 1- O tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro, se traduz, quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, preservando a memória nacional Sendo assim, o proprietário não pode usar e usufruir livremente de seus bens se estes traduzem interesse público por atrelados fatores de ordem histórica, artística científica turística paisagística e cultural. 2- Pode o Poder público criar novos critérios para assegurar a preservação e a visibilidade daqueles imóveis objetos de tombamento, sendo assim, o fato da Apelante ter obtido licença anteriormente para a construção não lhe confere o direito adquirido a executar o seu projeto quando bem lhe convier, razão pela qual a concessão pelo Poder Público de licença por tempo determinado, daí a finalidade das renovações. 3- O direito que assegura a propriedade não é absoluto, só se justificando quando a propriedade estiver atendendo sua função social. Tal função social configura, inclusive, um dos princípios gerais da atividade econômica previstos na Constituição. É por esse motivo que, ainda em relação ao presente instituto, podem ser invocados os artigos 5º, XXIII e 170, III, da CF/88, que garantem o direito de propriedade desde que esta atenda a função social. 4 -O fato de existirem, no local denominado Área D, outros imóveis com altura superior à permitida pela Portaria nº 60/84, não confere o direito à parte autora de também poder construir o seu imóvel sem as limitações impostas pela citada portaria, sob o argumento da isonomia. 5 - **No que tange ao pagamento da indenização, com efeito, as limitações administrativas, por não gerarem aniquilamento do direito de propriedade, não obrigam a Administração a indenizar o proprietário dos bens objeto das mesmas. Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários.** 7 - Sendo o Município a autoridade que concede a licença para a obra pretendida pelo autor, é ele parte legítima para figurar na demanda. 8 - Apelações e remessa improvidas.¹⁴⁴

Assim como as demais jurisprudências, esta discute o conflito entre o direito de propriedade e o interesse público. Trata-se novamente de um caso onde o proprietário do imóvel pretende efetuar construção no imóvel e é impedido pelo fato do bem estar inscrito no Livro de Tombo. O artigo 17 do Decreto Lei 25/1937 discute essa polêmica proibindo qualquer alteração da coisa tombada.¹⁴⁵

¹⁴⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Apelação Cível 314988 RJ 1986.51.01.737002-3, Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros, Sexta Turma Especializada. Data de julgamento: 14 de julho de 2009. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4987880/apelacao-civel-ac-314988-rj-19865101737002-3>>

¹⁴⁵ Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Quesito importante refere-se à possibilidade de indenização do proprietário que tem seu direito restringido por causa do tombamento. Sobre o tema, a doutrina tem entendido que o tombamento é uma espécie de limitação administrativa que deve ser suportada pelo proprietário do imóvel, tanto é que, não existe qualquer disposição no Decreto sobre o assunto.

Todavia há entendimento que quando o tombamento gera uma limitação excessiva, ou melhor, um aniquilamento do direito de propriedade do titular, o Poder Público deve desapropriar o bem pagando uma quantia justa.

3.2 – Jurisprudência desfavorável ao tombamento como instrumento de concretização da função social da propriedade

3.2.1- Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Apelação Cível 2005.003197-6, Relator Desembargador Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 24 de maio de 2005.

ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO DE PRÉDIO DE VALOR HISTÓRICO - VÍCIOS PROCEDIMENTAIS – NULIDADE. A validade do ato consistente no tombamento de prédio para preservação do patrimônio histórico pressupõe a rigorosa observância dos procedimentos previstos na legislação de regência. É nulo ele se ao proprietário não foi assegurado o devido processo legal, que compreende o direito ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).¹⁴⁶

O julgado supra-indicado discute a legalidade do tombamento efetuado pela Administração Pública. Não há dúvidas que independentemente da finalidade do tombamento, este gera uma constrição no exercício do direito de propriedade do particular.

Sendo assim, para que a proteção do bem que possui relevante valor histórico e cultural seja efetiva e legal, é necessária a estrita observância do procedimento especificado em lei.

Entendido como uma intervenção do Poder Público na propriedade, após o procedimento administrativo que analisa a possibilidade de tombamento determinado

¹⁴⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Apelação Cível 2005.003197-6, Relator Desembargador Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 24 de maio de 2005. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5356861/apelacao-civel-ac-31976-sc-2005003197-6/inteiro-teor-11684971>>

bem, o particular é notificado sobre tal intenção para que se manifeste pela concordância ou discordância.¹⁴⁷

A manifestação do proprietário confere validade ao procedimento pois assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório e garante o respeito ao devido processo legal, princípios de assento constitucional.¹⁴⁸

Na jurisprudência selecionada, os eméritos julgadores verificaram que não foram observadas as garantias do proprietário que impugnou pelo tombamento.

3.2.2 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Agravo de Instrumento 10145120787539001 MG, Desembargador Relator : Sandra Fonseca, Sexta Câmara Cível. Data de Julgamento: 16 de outubro de 2013.

AÇÃO POPULAR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - SUSPENSÃO DE OBRAS EM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DOS RÉUS - ALEGAÇÃO DE QUE O BEM EM QUESTÃO POSSUI VALOR HISTÓRICO E CULTURAL - IMÓVEL NÃO TOMBADO, E QUE TEVE, POR DIVERSAS VEZES, O PEDIDO DE TOMBAMENTO NEGADO - AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INTERESSE CULTURAL - ATIVIDADES LÍCITAS E DEVIDAMENTE AUTORIZADAS PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE PREJUÍZO A BEM INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA - TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA - DECISÃO MANTIDA.

1 - Se o imóvel que se alega possuir interesse histórico e cultural não é objeto de tombamento, que, inclusive, foi por diversas vezes negado, nem foi declarado de interesse cultural, não é cabível a suspensão liminar de atividade lícita, concernente a obras implementadas pelos proprietários do imóvel, devidamente autorizadas pela municipalidade.

2 - Ausência de prova de prejuízo a bem integrante do patrimônio histórico e cultural do Município de Juiz de Fora, que autorizasse a concessão de tutela antecipada em ação popular.

3- Recurso negado.¹⁴⁹

A jurisprudência acima destacada evidencia a prevalência do direito de propriedade de um particular sobre o interesse público. No caso, foi determinada a

¹⁴⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. P. 1018

¹⁴⁸ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 49

¹⁴⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Agravo de Instrumento 10145120787539001 MG, Desembargador Relator : Sandra Fonseca, Sexta Câmara Cível. Data de Julgamento: 16 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117723236/agravo-de-instrumento-cv-ai-10145120787539001-mg>>

suspensão de obra em um imóvel sob a alegação de que este possuía valor histórico e cultural.

Entretanto, o entendimento da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não prosperou nesse sentido. Pelo contrário, prevaleceu o direito dos proprietários sobre o da Administração Municipal pela constatação de que o referido bem não possuía relevante interesse histórico e cultural.

Vale destacar que o direito de construir, garantido a todos que detêm a propriedade imóvel, é decorrente da faculdade de gozar, ou melhor, o *jus utendi* que nada mais é que o direito de usar, servir-se da coisa da forma que lhe aprouver, de onde se desdobra o direito de edificar. Tal prerrogativa está disposta no artigo 1.228 do Código Civil.¹⁵⁰

O direito de construir está expressamente previsto no artigo 1.299 do Código Civil que assegura ao proprietário a faculdade de levantar em seu terreno as construções que convir, salvo direito de vizinhança e os regulamentos administrativos.¹⁵¹

Sobre o tema, afirma Sílvio de Salvo Venosa:

O sentido continua a ser sempre o da busca da finalidade social da propriedade, o equacionamento do direito individual com o direito social. Deve ser entendido, no entanto, que a liberdade de construir é a regra. As limitações, como exceção, devem vir expostas pelo ordenamento. Essa utilização da propriedade deve, da mesma forma, sempre ser examinada em consonância com a regra geral de vizinhança do artigo 554 ou artigo 1.277 do atual Código, que reprimem o mau uso ou uso anormal da propriedade, quando ocasiona prejuízo à segurança, sossego e saúde da vizinhança. Aplicamos a esse respeito tudo que foi exposto sobre o uso nocivo da propriedade.¹⁵²

3.2.3 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 583023668 RS, Desembargador Relator: Oscar Gomes Nunes, Quarta Câmara Cível. Data de julgamento 30 de maio de 1984.

¹⁵⁰ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 20

¹⁵¹ Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 298

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMOLIÇÃO DE PRÉDIO. LICENÇA NEGADA, POR SE TRATAR DE IMÓVEL QUE ESTA RELACIONADO PARA FINS DE TOMBAMENTO. INEXISTENTE TOMBAMENTO REGULAR DO BEM, NAO PODE O PROPRIETÁRIO SOFRER LIMITAÇÃO NO SEU DIREITO DE DISPOR DA COISA. SEGURANÇA CONCEDIDA. EXLUSAO, EM REEXAME, DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.¹⁵³

O caso selecionado discute conflito entre interesse particular e interesse público. O proprietário do bem pretendia efetuar demolição de prédio, entretanto este teve a licença negada sob o argumento de seu imóvel estar relacionado dentre aqueles a ser objeto de tombamento.

Todavia, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu no sentido de que o proprietário não deveria ter seu direito limitado sem um processo regular de tombamento.

No julgado, foi invocado o direito do proprietário de dispor da coisa. Trata-se de uma faculdade inerente à propriedade, assegurada pelo artigo 1228 do Código Civil.¹⁵⁴

O direito de dispor, *jus abutendi*, confere ao proprietário de determinado bem a prerrogativa de poder se desfazer da coisa como bem entender. Rosenvald determina que a tal disposição pode ser material ou jurídica.

A disposição material está relacionada a atos de destruição ou abandono do bem que convola-se na perda da propriedade. A disposição jurídica, por sua vez, pode ter um caráter total ou parcial. A primeira ocorre quando o proprietário aliena o bem transferindo a propriedade da coisa. A segunda ocorre quando o proprietário impõe ônus real sobre o bem.¹⁵⁵

Desse modo, o julgado prevaleceu no sentido de garantir a faculdade de dispor da coisa ao particular, que decorre do seu próprio direito de propriedade.

¹⁵³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 583023668 RS, Desembargador Relator: Oscar Gomes Nunes, Quarta Câmara Cível. Data de julgamento 30 de maio de 1984. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5199398/apelacao-civel-ac-583023668-rs-tjrs>>

¹⁵⁴ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁵⁵ ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 21

Conclusão

É irrefutável o entendimento que o direito de propriedade, concebido como uma garantia fundamental ao ser humano, sofreu no decorrer dos anos diversas mudanças em sua concepção e, principalmente, em sua extensão. A ideia que predominou por um longo período de que se tratava de um direito individual e intocável deu lugar a uma compreensão socializada do direito de propriedade, isto é, o uso dos bens próprios em consonância com o interesse comunitário, coletivo.

Assentado nessa reflexão, o direito de propriedade foi assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, sendo este último de significativa importância haja vista que prestigia o exercício do direito em conformidade com o interesse público cumprindo a sua função social.

Desse modo, é inevitável que essa nova realidade que o direito de propriedade se submeteu o impôs a diversas limitações. O tombamento, por sua vez, evidencia esse novo entendimento, pois restringe consideravelmente o exercício do direito de propriedade pela garantia da preservação do patrimônio histórico e cultural. O Estado se utiliza de sua supremacia para preservar bens móveis e imóveis que tenham grande valor histórico, cultural, científico, turístico, paisagístico e ambiental, podendo inclusive responsabilizar aqueles que pratiquem qualquer ato que danifique bens tombados.

O instituto do tombamento foi abordado ressaltando a sua incontestável relevância para a sociedade tendo em vista que se fundamenta na proteção de bens que remetem a fatos memoráveis da história, bem como manifestações culturais de um povo. Por esta razão, o instituto é constitucionalmente assegurado, exigindo uma conduta cooperada entre o Poder Público e a sociedade.

Destacou-se que o tombamento considerado como uma intervenção estatal, quando indispensável, deve obedecer estritamente à finalidade e à legalidade do ato, buscando sempre harmonizar direitos coletivos com individuais, sendo que, em hipótese alguma, será permitido o esvaziamento da propriedade do seu conteúdo econômico, motivo pelo qual sua ocorrência impõe a desapropriação do bem com a devida indenização justa, íntegra e imediata ao expropriado.

Não há dúvidas que, em determinados casos, este ato administrativo impede o próprio desenvolvimento de uma área específica em função das limitações de uso e modificação a ela imposta. Daí a celeuma que se estabelece entre a preservação

do já existente ou o desenvolvimento que as determinantes da contemporaneidade exigem para atender os anseios da sociedade.

Todavia negar a preservação de bens de notável valor histórico e cultural se mostra uma contrariedade à função social da propriedade assegurada por todo o ordenamento jurídico. Cabe, diante desse embate, ao Poder Público incentivar a proteção do patrimônio histórico e cultural através do tombamento afastando tributos que onerem o proprietário do bem como uma forma de compensação.

O Poder Judiciário, por sua vez, diante de conflitos entre os direitos da pessoa humana e do interesse público, deve utilizar-se de todo o ordenamento jurídico vigente, bem como dos princípios da razoabilidade e da harmonização de forma a ordenar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, conforme ficou demonstrado nos casos jurisprudenciais colacionados no capítulo pertinente.

Ante o exposto, conclui-se que a solução do embate entre o direito individual e o interesse público requer extrema cautela, perseguindo sempre que os anseios de uma sociedade na preservação do patrimônio histórico e cultural sejam atendidos, no entanto, garantindo por conseguinte o menor sacrifício possível ao particular que tem sua propriedade limitada pelo tombamento. Logo, é de extrema relevância a hipótese eleita ao problema existente entre o interesse privado e o interesse público conforme argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais desenvolvidos nos capítulos deste trabalho monográfico.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Edésio; AFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo, Saraiva 2013. v. 5

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Plano Piloto 50 anos: cartilha de preservação de Brasília*. Brasília, DF: Superintendência do Iphan do Distrito Federal, 2009.

ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

TELLES, Antônio Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold. *Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2002.